

## Bauüberwachung – Wer bezahlt?

# Die Kosten der wiederholten Überwachung von Mängelbeseitigungsleistungen sollte der Verursacher tragen!

**Einem Auftraggeber steht es frei, eine Bauüberwachung zu beauftragen. Macht er dies, muss er die Kosten tragen. Arbeitet der Bauunternehmer mangelhaft, ist die Überwachung der Mängelbeseitigung in der Regel auch vom Auftraggeber selbst zu zahlen. Ist diese Leistung allerdings mehrfach zu erbringen, entstehen dem Auftraggeber mit dem weiteren Einsatz des Bauüberwachers Kosten, die der Bauunternehmer zu verantworten hat. Die Kostenübernahme sollte vertraglich geklärt werden. Führt der Auftraggeber die Mängelbeseitigung als Ersatzvornahme selbst durch, sind alle erforderlichen Überwachungsaufwendungen vom mangelverursachenden Bauunternehmer zu tragen. Kommt es zum Prozess, können Privatgutachterkosten erstattungsfähige Prozesskosten sein.**

Auftraggeber und Auftragnehmer von Bauüberwachungsleistungen sind oft unsicher, wann besondere Überwachungskosten an den verursachenden Bauunternehmer weitergegeben werden können. Die häufigen Anfragen bei der GHV dazu mit den entsprechenden Antworten sollen helfen, dies richtig zu bewerten. Es steht jedem Auftraggeber frei, eine Werkleistung und deren Abnahme von einem Dritten überwachen zu lassen. Gibt er dies wegen fehlender eigener Sachkunde in Auftrag, dann muss er das selbst bezahlen! Gleichzeitig hat der Bauunternehmer gegen seinen Auftraggeber keinen Anspruch auf eine Überwachung. Er muss selbst Maßnahmen ergreifen, um seine Leistungen mangelfrei zu erstellen (z. B. Eigenüberwachung). Weil aber Baumaßnahmen jeweils individuell hergestellt werden, ist das Mangelrisiko hoch. Eine Bauüberwachung ist also üblich und empfehlenswert.

**Anfrage 1:** Ein Ingenieur hat die Bauüberwachung einschließlich Mängelbeseitigungsüber-

wachung und Mitwirkung bei der Abnahme im Auftrag. Die gleichen Baumängel treten wiederholt auf, die Abnahmebegehung erfolgt mehrfach erfolglos. Der Ingenieur will nun wissen, wie oft er leisten muss und wie er seinen erheblichen Mehraufwand seinem Auftraggeber in Rechnung stellen kann. Der Auftraggeber sieht diesen Mehraufwand und will ihn übernehmen, wenn er ihn als Schaden an den Bauunternehmer weitergeben kann.

**Anfrage 2:** Ein Auftraggeber hat einem Bauunternehmen einen Mangel angezeigt, den dieses auch nach einer angemessenen Fristsetzung nicht beseitigt. Der Auftraggeber will daraufhin den Mangel selbst beseitigen (Selbstvornahme). Dazu will er wissen, ob er die Planung und Überwachung dazu gutachterlich betreuen lassen kann und dies auch zu einem höheren Stundensatz oder zu höheren Honoraren als die HOAI a. F. im Normalfall hergibt.

**Anfrage 3:** Ein Auftraggeber ist mit einem Bauunternehmer bereits so im Streit, dass ein

Prozess unvermeidlich ist. Zur Vorbereitung will der Auftraggeber die bestehenden Baumängel gutachterlich untersuchen und bewerten lassen. Dazu will er wissen, ob solche Gutachterkosten Teil der Prozesskosten sind, die er, wenn er den Prozess gewinnt, erstattet erhält.

**Zur Anfrage 1:** In den üblichen Ingenieurverträgen, welche sich im Leistungsbild an den Grundleistungen der HOAI orientieren, ist die Überwachung der Mängelbeseitigungsleistungen mit enthalten (Anlage 11, Leistungsphase 8 lit. n) bei Gebäude, Örtliche Bauüberwachung nach Anlage 2.8.8 zu § 3 Abs. 3 HOAI bei Ingenieurbauwerken und Verkehrsanlagen, Anlage 14, Leistungsphasen 8 lit. k) bei der Technischen Ausrüstung). Durch den werkvertraglichen Charakter des Ingenieurvertrags mit seiner Erfolgsorientierung gibt es zunächst keine Begrenzung der Häufigkeit der Überwachungstätigkeit. Das Gleiche gilt auch für die Mitwirkung des Planers bei der Abnahme. Erst wenn alle Mängel beseitigt sind und eine Abnahme erfolgreich durchgeführt ist, hat der Planer seinen Erfolg erreicht und erst dann steht ihm die vereinbarte Vergütung zu. Das kann in den Fällen, in denen ein Bauunternehmer wiederholt mangelhaft arbeitet und wiederholt eine Abnahme verlangt, beim Ingenieur zu erheblichen Aufwendungen führen, die über das Honorar nicht kostendeckend erfasst sind. Hier hat der Planer ohne Weiteres keine Möglichkeit, die ihm entstehenden Mehraufwendungen an seinen Auftraggeber weiterzugeben. Folglich hat der Auftraggeber auch keinen zuordenbaren Schaden, den er dem Bauunternehmer als Verursacher weitergeben kann. Rechtlich geht es um § 13 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B, Mängelbeseitigung, was im § 634 BGB in Verbindung mit § 635 BGB Nacherfüllung genannt wird. So gibt es auch nach aktueller Rechtsprechung des OLG Köln vom 03.09.2012 (Az.: 22 U 58/12) im Normalfall keinen Anspruch des Auftraggebers, dass er die Kosten der Mängelbeseitigungsüberwachung bezahlt bekommt.

Will der Auftraggeber Randbedingungen schaffen, um diese Mehraufwendungen an den verursachenden Bauunternehmer weitergeben zu können, empfiehlt es sich, mit dem Unternehmer eine über den § 13 VOB/B hinausgehende Schadensersatzverpflichtung zu vereinbaren. Im Bauvertrag könnte dazu folgendes geregelt sein: *„Die Parteien sind sich einig, dass eine Nacherfüllung des AN vom AG einem Dritten zu Überwachung in Auftrag gegeben wird. Der AN trägt sämtliche erforderlichen Kosten dieser Überwachungsleistungen, welche die Überwachung während der Nacherfüllung. Das*

*Gleiche gilt für die hierfür erforderliche/n Abnahme/n der Mängelbeseitigungsleistungen.“* Gleichzeitig muss aber auch eine besondere Vereinbarung im Ingenieurvertrag getroffen werden. Diese könnte lauten: *„Die Teilleistungen „Überwachen der Beseitigung der bei der Leistung festgestellten Mängel und Mitwirken bei zu wiederholenden Abnahmen“ wird im Bedarfsfall über ein Zeithonorar abgerechnet und ist im Grundhonorar nicht enthalten.“*

**Zur Anfrage 2:** Rechtlich geht es hier um § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B Ersatzvornahme, welche in §§ 634, 637 BGB als Selbstvornahme bezeichnet ist. Nach der VOB/B kann der Auftraggeber die Mängel „auf Kosten“ des Auftragnehmers beseitigen lassen. Im BGB heißt es noch klarer, dass der Auftraggeber als Besteller den Mangel beseitigen lassen und „Ersatz der erforderlichen Aufwendungen“ verlangen kann. Es geht im Kern also um die „Erforderlichkeit“. So nimmt das zuvor zitierte OLG Köln auf eine Entscheidung des OLG Frankfurt vom 29.01.2009 (Az.: 26 U 19/08) wie folgt Bezug: *„Die Begleitung der Sanierungsarbeiten durch einen Sachverständigen steht im Rahmen der Selbstvornahme der Mängelbeseitigung unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit. Sie wird dem Auftraggeber nur zugestanden, wenn er ohne entsprechende Begleitung nicht in der Lage ist, das Werk in einen vertragsgerechten Zustand zu versetzen.“* Das ist in der Regel anzunehmen. Auch die der Höhe nach dabei entstehenden Kosten sind nur noch nach ihrer Erforderlichkeit zu prüfen. So bewertet das OLG Frankfurt den Stundensatz von 120 € als: *„nicht derart überhöht, dass ein vernünftig und wirtschaftlich denkender Auftraggeber ihn nicht akzeptieren würde“.* Mit gleichem Tenor bewertet auch das Urteil des OLG München 05.05.2011 (Az.: 9 U 5060/09), dass Abweichungen von der HOAI nach oben zulässig sind. Die Rechtsprechung ist hier also eher großzügig zu Gunsten des Auftraggebers, da sich der Bauunternehmer zweimal vertragswidrig verhielt, da er zunächst mangelhaft arbeitete und sodann diesen Mangel trotz Fristsetzung nicht beseitigte. Daher soll der Auftraggeber bei der Ersatz- bzw. Selbstvornahme keine übermäßigen Risiken tragen müssen. Der Auftraggeber ist also weitgehend frei, welche Spezialisten er zu welchen Preisen beauftragt.

**Anfrage 3:** Beauftragt ein Auftraggeber ein Gutachten zur Vorbereitung eines Prozesses, dann ist das Gutachten als substantiiertes Parteitvortrag Teil des Prozesses und hinsichtlich der Kosten erstattungsfähig (§ 91 ZPO), um die Durchsetzung eines bereits feststehenden

Entschlusses zur Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung zu fördern. Geht es allerdings nicht um eine solche Prozessvorbereitung und will der Auftraggeber ein Gutachten nur erstellt haben um ihm „weitere Erkenntnisgrundlagen zu liefern“, so bewertet z. B. das OLG Köln in einem Urteil vom 25. Juni 1997 (Az.: 17 W 135/97) diese Kosten als nicht erstattungsfähig. Dies auseinanderzuhalten ist nicht immer einfach, weshalb sich vorab eine genauere rechtliche Prüfung empfiehlt.

**Fazit:**

Dem Auftraggeber steht es frei, Mängelbeseitigungsleistungen planen, überwachen oder begutachten zu lassen. Dann muss er diese Leistungen selbst bezahlen. Er kann diese Kosten auch nicht ohne weiteres an den Bauunternehmer weitergeben. So hat der Inge-

nieur bei den üblichen Ingenieurverträgen mit Leistungsphase 8 und 9 auch keinen Anspruch auf Zusatzvergütung bei erheblichem Mehraufwand durch wiederholte Mängelüberwachung und Abnahmen. Beauftragt der Auftraggeber den Ingenieur jedoch erst im Falle von Baumängeln mit Überwachungs- und (technischen) Abnahmeleistungen hierfür und wird dies im Bauvertrag ebenso klar geregelt, so entsteht dem Auftraggeber ein vom Bauunternehmer zu vertretender Schaden, den er dem Bauunternehmer weiterleiten kann. Das hält diesen im Vorfeld an, Mängel tunlichst zu vermeiden. Bei einer Selbstvornahme kann der Auftraggeber sämtliche erforderlichen Leistungen dem Grunde und der Höhe nach beauftragen, die er für erforderlich hält. Gutachten zur Vorbereitung eines Gerichtsprozesses können Teil der zu erstattenden Prozesskosten sein.

Autoren

Dipl.-Ing. Peter Kalte, Öffentlich bestellter und vereidigter Honorarsachverständiger;  
Rechtsanwalt Michael Wiesner, LL.M., Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Dipl.-Betriebswirt (FH).

Gütestelle Honorar- und Vergaberecht (GHV) gemeinnütziger e. V.  
Friedrichsplatz 668165 Mannheim  
Tel: 0621 – 860 861 0  
Fax: 0621 – 860 861 20

Veröffentlicht im Deutschen Ingenieurblatt, Ausgabe 03/2013, Seiten 44 bis 45
---